Voraussetzungen und Wirkungen der sogenannten Konzentration bei Gattungsschulden

(§ 243 Abs. 2 B.G.B.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

eingereicht von

Artur Oster
Referendar in Köln.

AGAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1903.

Dem Andenken meines Vaters!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Begriff und Wesen der Gattungsschuld 1

Ausführung.

I. Allgemeiner Teil.

§ 2. Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache 8
§ 3. Die gemeinrechtlichen Theorien 10
§ 4. Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs 14

A. Voraussetzungen der Konzentration.

§ 5. a) Leistungsgegenstand 14
§ 6. b) Leistungstätigkeit 16
§ 7. c) Annahmeverzug des Gläubigers 24
§ 8. d) Hinterlegung 28
§ 9. Ergebnis 29

B. Wirkungen der Konzentration:

§ 10. a) auf den Gefahrübergang 30
§ 11. b) auf das ius variandi 32

II. Besonderer Teil.

§ 12. Besonderheiten der Konzentration bei einzelnen Schuldverhältnissen 36

Litteraturverzeichnis.

Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 49, 73.

Baron, Pandekten. 1887.

Bechmann, Kauf nach gemeinem Recht. II. Erlangen 1884.

Bekker, Jahrbücher des gemeinen Rechts. V.

Berndorff, Die Gattungsschuld. 1900.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Berlin 1878.

Brinz, Pandekten. 2. Aufl. II. 1882.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechtes. V, XV.¹

Cosack, I. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1899. 2. Aufl.

Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden. Breslau 1901.

Dernburg, Pandekten. II. 1886, III. 1887.

Dernburg, Deutsches bürgerliches Recht. II. 1900.

Eck In Weisges Rechtslexikon. II.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. V., XI.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1900.

Flatau, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf. Breslau 1880.

Gareis, Das Stellen zur Disposition. Würzburg 1870.

Goedeke, Gefahrübergang beim Genuskauf. Berlin 1901.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 19.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1883.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Jahrg. 42. 1898.

Hasenöhrl, Österreichisches Obligationenrecht. Wien 1881.

Haver, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. 1900.

Hofmann, Periculum beim Kauf. Wien 1900.

Jhering, v., Civilrechtsfälle. 1876.

Jhering, v., IV. (Jahrbuch).

Kisch, Die Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Kohler, Archiv für bürgerliches Recht. 12.

Laband im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 73.

Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Schuldverhältnissen. Berlin 1888.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.

Meissner, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. I. 1853.

Müsch, Wie unterscheidet sich der Genuskauf vom Spezieskauf. Erlangen 1898.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Obligationenrecht. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. II. 1900.

Plonski, Die Konzentration der Gattungsschuld. Greifswald 1900.

Puchta, Vorlesungen. 1853.

Regelsberger, Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 49.

Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch. II. 1901.

Savigny, v., Obligationenrecht. I. 1851.

Schmitz, Beiträge zur Lehre vom Genuskauf. Erlangen 1894.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. II. 1847.

Skolny und **Caro,** Erläuterungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Thöl, Handelsrecht. 1862.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
Vangerow, Pandekten. 1863.
Veith, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Breslau 1901.
Wilde, Die beschränkte Natur des rechtlichen generellen Kaufs. Erlangen 1899.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. 1900.

Einleitung.

§ 1.

Begriff und Wesen der Gattungsschuld.

Jedes Schuldverhältnis giebt dem Gläubiger Anspruch auf eine Leistung, die in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann. Die geschuldete Leistung nun ist, ehe sie bewirkt wird, entweder eine bestimmte — dann spricht man von einer Speziesschuld — oder sie ist unbestimmt; und zwar kann diese Unbestimmtheit einen verschiedenen Grad haben. Fehlt jede nähere Angabe über den Gegenstand der Leistung, so dass es unmöglich ist, zu ersehen, worauf wohl der Parteiwille gerichtet war, so ist das Zustandekommen einer rechtsgültigen Obligation zu verneinen. Es kann jedoch ein Schuldverhältnis in der Weise unbestimmt sein, dass es sich auf eine von mehreren Leistungen erstreckt, die alle an sich bestimmt sind, wenn sie auch voneinander grundverschieden sein können. In diesem Falle liegt eine alternative Obligation vor; es sind dann die sämtlichen Leistungen in obligatione bis zu der Entscheidung, welche Leistung nun tatsächlich bewirkt werden soll.[1])

Die Unbestimmtheit eines Schuldverhältnisses kann noch weiter gehen, indem nämlich weder die schliesslich zu bewirkende Leistung individuell bestimmt ist, noch, wie bei der Alternativ- oder Wahlschuld, eine Anzahl

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 6.

konkreter Leistungsmöglichkeiten vorliegen; es können vielmehr die Parteien beabsichtigt haben, dass der Leistungsgegenstand nur gewisse Merkmale, die an sich einer unbegrenzten Anzahl gleichartiger Gegenstände eignen können, aufweist. In diesem Falle spricht man von einer generischen Obligation. Gegenstand solcher Obligationen können natürlich Leistungen aller Art sein, also auch Handlungen, speziell Arbeitsleistungen (z. B. ein Unternehmer verpflichtet sich, einem Schiffsreeder zur Bemannung der „Hoffnung auf Segen“ 20 Matrosen zu besorgen).[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch für Gattungs-Obligationen, deren Gegenstand Handlungen sind, wohl wegen ihrer Seltenheit und ihres eigenartigen Charakters[2]) keine besonderen Regeln aufgestellt, vielmehr bezieht sich der § 243, durch den die Genus-Obligation ihre Regelung erfahren hat, nur auf diejenigen Gattungsschulden, welche die Leistung von Sachen zum Gegenstande haben, und daher werden sich die folgenden Ausführungen auf diese Sachgattungsschulden beschränken. Eine Gattungsschuld im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches liegt also vor, wenn der Gegenstand des Schuldverhältnisses, die zu leistende Sache, nur nach ihren Merkmalen, also nach ihrer Gattung bestimmt ist. Es kommt eben den Parteien nicht auf den konkreten Gegenstand, sondern nur darauf an, dass die zu leistende Sache gewisse Eigenschaften hat, so dass also an sich unbegrenzt viele Sachen dieser Beschaffenheit für die Erfüllung des Schuldverhältnisses in Frage kommen können. Die Obligation kann auf bewegliche wie unbewegliche, auf jetzt

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 11; Windscheid-Kipp, Pand. 2 S. 34; l. 54 § 1 D. de V.O. 45, 1; Planck, B.G.B. Bd. 2 S. 11. Dafür Heilfron, Lehrb. des bürgerl. Rechts II S. 13. Rehbein, B.G.B. Bd. 2 S. 26 zählt Handlungen, Dienstleistungen etc. nicht zu den Gegenständen der Genusobligation. Zweifelhaft Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts I S. 119.

[2]) vgl. Mot. S. 12.

schon vorhandene wie auf noch zu erwartende Sachen sich beziehen (eine Tonne Kohlen, ein Haus, eine Nummer der letzten Ausgabe der Times, ein Exemplar der demnächst erscheinenden Subskriptions - Ausgabe eines modernen Dichters).

Ihrer Natur entsprechend wird die Gattungsschuld meist auf vertretbare Sachen gerichtet sein, also auf Sachen, die im Verkehr nach Mass, Zahl und Gewicht bestimmt werden (cf. § 91) [100 Zentner Steinkohlen]. Doch können auch Gegenstände von individueller Bedeutung, die sonst nicht als vertretbar behandelt werden, generell bestimmt sein,[1]) z. B. ein Kavalleriepferd. Ohne Belang ist es, ob durch die Gattungsbezeichnung eine grössere oder geringere Anzahl von Gegenständen umfasst wird, wesentlich dagegen ist, dass allen Individuen gewisse abstrakte Merkmale gemeinsam sind, wodurch sie sich scharf von allen anderen Sachen unterscheiden. Diese Merkmale können noch so sehr ins einzelne gehen und dadurch den Kreis der in Betracht kommenden Sachen immer enger ziehen — z. B. ein Reitpferd, das männlichen Geschlechtes, arabischen Stammes, Vollblut, 3 Jahre alt, von schwarzer Farbe sein muss —, der verlangten Eigenschaften mögen so viele sein, dass die Anzahl der verlangten Sachen vielleicht eine sehr geringe ist, stets liegt eine Gattungsschuld vor, solange nur die Gesamtheit der Sachen, aus denen die Leistung zu entnehmen ist, eine wirkliche Gattung darstellt.[2])

Wo ist nun aber die Grenze zu ziehen, über die hinaus eine reine Gattungsschuld nicht mehr vorliegt? Diese Frage ist sehr umstritten, und dies findet wohl hauptsächlich darin

---

[1]) cf. Staudinger, Kommentar 243 Anm. 2; Planck Bd. 2 S. 11[illegible] Endemann I § 119; Cosack I S. 295; Berndorff S. 6; v. Jhering, Jahrb. IV S. 405; Windscheid-Kipp II S. 34.

[2]) „Zufällig kann auch nur ein einziger den Erfordernissen entsprechender Gegenstand tatsächlich vorhanden sein“ (Haver, Gattungsschuld S. 8).

seinen Grund, dass sich in den römischen Quellen zwei einander schroff widersprechende Ansichten finden, die des Marcellus l. 72 § 4 D. de solut. 46, 3 und die von Papinian l. 66 § 3 D. de leg. II (31). Jhering nennt den Begriff des Genus „einen ganz elastischen Begriff“,[1]) und es bilden nach seiner Ansicht auch noch 3 Pferde, die in demselben Stalle stehen, wenn sie auch sonst keine gemeinsamen Rasse-Merkmale haben, eine eigene Gattung für sich. Ebenso bilde ein Fass Wein die Gattung für ein aus ihm zu entnehmendes Ohm. In dieser rein äusseren Zusammengehörigkeit findet er also das Gattungsmerkmal. Dieser Ansicht können wir uns nicht anschliessen. Wie schon oben bemerkt, ist den Parteien schon die Möglichkeit gegeben, das Genus enger oder weiter zu bestimmen; ausschlaggebendes Kennzeichen der Gattung erscheint uns jedoch die begriffliche Unbeschränktheit der möglichen Gegenstände zu sein. Nach Hasenöhrl[2]) hat die Bezeichnung der Gattung auf solche Weise zu erfolgen, „dass jede Beschränkung der Auswahl auf eine gewisse Anzahl von Individuen wegfällt.“ Tritt dagegen eine derartige Beschränkung ein, so hört die Obligation auf, eine generische zu sein, und wird zu einer alternativen.[3])

Auch Dernburg[4]) bezeichnet die Meinung Jherings als schlimmen Missgriff; er erblickt in dieser Art der Obligation einen besonderen Fall der Speziesschuld. Windscheid[5]) zählt ebenso wie Hofmann[6]) beide angeführte

---

[1]) Jahrb. IV S. 405 f.

[2]) a. a. O. I S. 200.

[3]) ebenso Savigny, Obl. I S. 400. Mommsen glaubt Obl.-Recht I S. 341[23], diese Auffassung stehe im Widerspruche mit den Quellen.

[4]) Bd. II S. 101, Pand. III S. 219; vgl. Brinz, Pandekten 2. Aufl., sowie Dernburg, Bürgerl. R. II S. 27.

[5]) Pand. II S. 35[17].

[6]) Periculum beim Kauf S. 118.

Fälle zur Gattungsschuld, doch giebt er zu, dass für den ersten Fall der Ausdruck „generische Obligation“ nicht mehr ganz passt. Planck[1]) lässt die Entscheidung darüber, ob Fälle, wie die beiden erwähnten, denen man den Namen gemischt- oder beschränkt-generische Obligationen gegeben hat, zur Gattungsschuld gehören und damit unter die Vorschrift des § 243 fallen, von der Absicht der Parteien abhängen. Im wesentlichen derselben Ansicht ist Heilfron,[2]) und da dieselbe den in den Motiven[3]) ausgesprochenen Anschauungen entspricht, so möchte ich ihr beitreten. Jener zweite Fall der beschränkt-generischen Obligation übrigens, dass aus einem speziell bestimmten grösseren Quantum eine speziell unbestimmte Quantität geschuldet wird, z. B. 1 Ohm Wein aus diesem Stückfass, scheint mir schon nach dem Wortlaute des Abs. 1 von 243 nicht zur reinen Gattungsschuld gezählt werden zu können; denn wie könnte der Schuldner, der doch nach der erwähnten Gesetzesvorschrift zur Leistung einer Gattungssache mittlerer Art und Güte verpflichtet ist, aus einem Fasse Wein, das also in diesem Falle die Gattung darstellen soll, Wein verschiedener Art und Güte ausscheiden, da doch in demselben Fass ein Ohm genau dieselbe Qualität aufweist wie ein anderes.[4]) Gleichwohl aber können die Parteien im Einzelfalle verabredet haben, dass das Fass als Gattung gelten soll. Es ist daher empfehlenswert, allgemein geltende Vorschriften zu vermeiden und von Fall zu Fall zu prüfen, welches Rechtsverhältnis von den Parteien beabsichtigt war. Ausführlichere Untersuchungen dieser

---

[1]) II S. 11[2].

[2]) Bürgerl. Recht IV S. 14[2].

[3]) II S. 11.

[4]) vgl. Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. I § 119: „Bei rein mechanischer Ausscheidung und genereller Bezeichnung liegt Spezies vor, z. B. 100 Flaschen aus diesem Fass.“

Frage, die den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten würden, finden sich bei Berndorff.[1])

Der im Vorstehenden erörterten Frage gegenüber, wie eng die Grenze gezogen werden darf, innerhalb deren man noch von einer Gattungsschuld reden kann, sei hier kurz die andere Frage geprüft, wie weit diese Grenze gezogen werden darf, wie gross der Spielraum sein kann, innerhalb dessen der Schuldner immer noch zur Leistung einer Gattungssache verpflichtet ist.

Schon eingangs (S. 1) ist darauf hingewiesen worden, dass gänzliche Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes das Zustandekommen einer rechtsverbindlichen Obligation verhindert; denn in diesem Falle wird es vollständig dem Belieben des Schuldners überlassen, welche Leistung er bewirken will. Dem widersprechen auf das entschiedenste die römischen Quellen l. 108 § 1 D. de v. o. 45, 1: Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.[2])

Im einzelnen Falle jedoch kann es sehr zweifelhaft sein, ob die Unbestimmtheit derart ist, dass sie die Nichtigkeit der Obligation zur Folge hat. Man wird den Vertrag stets sorgfältig prüfen und zusehen müssen, ob nicht die Umstände, etwa die Verhältnisse des Gläubigers, nähere Anhaltspunkte bieten.

Wird z. B. schlechthin ein Pferd geschuldet, so wird man in vielen Fällen ratlos sein, welche Art Pferd, ob ein Renner, ein Reitpferd, ein Wagen- oder Lastpferd gewünscht wird, und m. E. würde wegen zu grosser Unbestimmtheit eine derartige Obligation für nichtig erklärt

[1]) Gattungsschuld § 3.

[2]) § 352 des I. Entwurfs des B.G.B. enthält folgende Bestimmung: Ist die Leistung, welche den Gegenstand eines Vertrages bilden soll, weder bestimmt bezeichnet, noch nach den im Vertrage enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln, so ist der Vertrag nichtig (vgl. Mot. II S. 191). Der II. Entwurf hat diese Vorschrift fallen lassen, da sie als selbstverständlich betrachtet wurde.

werden müssen. Ist nun etwa der Gläubiger ein Pferdeschlächter, für dessen Zwecke die nähere Bezeichnung der Pferdeart nicht ins Gewicht fällt, so kann hier die Gattungsbezeichnung „Pferd“ als ausreichend betrachtet werden.

Im allgemeinen wird man wohl mit Endemann[1]) sagen können, dass die Gattungsschuld bez. der Quantität[2]) bestimmt sein muss, bezüglich der Qualität aber dem Schuldner einen gewissen Spielraum lassen kann; denn dieser Fall wird ja vom Gesetzbuch im 1. Abs. des § 243 ausdrücklich vorgesehen und giebt dem Schuldner durch die Bestimmung, dass eine Sache „mittlerer Art und Güte“ zu leisten sei, die für die Leistung nötige Direktive.

Da § 243 die Fälle, dass der Gläubiger oder ein Dritter das Bestimmungsrecht haben soll, welche Leistung zu bewirken sei, ganz unberücksichtigt lässt, wie Planck[3]) meint, weil wegen ihrer anomalen Art eine gesetzliche Regelung nicht nötig und möglich wäre, so werden sich die folgenden Ausführungen auf den Regelfall beschränken, dass der Schuldner allein zu entscheiden hat, welchen der möglichen Gegenstände er zur Erfüllung bestimmen will. Übrigens scheint mir ein dem Gläubiger oder einem Dritten eingeräumtes Wahlrecht mit dem Wesen der reinen Gattungschuld nur schwer vereinbar, da ja die Umwandlung der Genusschuld in die Speziesschuld, die Konzentration, wie § 243 sagt, durch die Erfüllungstätigkeit des Schuldners herbeigeführt werden soll, während die blosse Erklärung diese Wirkung nicht haben kann.

---

[1]) a. a. O. I S. 119.

[2]) „Abweichungen sind zulässig, wenn sie im Verkehr eine hinreichend sichere Begrenzung zulassen. Nach Königsberger Handelsgebrauch bedeutet z. B. „circa“ 5% mehr oder weniger als das benannte Quantum bei Getreide und Sprit, aber 10% bei Holz.“ Endemann a. a O. I § 119 Anm. 4.

[3]) zu § 243.

Ausführung.

I. Allgemeiner Teil.

§ 2.

Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache.

Was die Gattungsschuld von anderen Schuldarten unterscheidet, ist vornehmlich die Art der Bestimmung des zu leistenden Gegenstandes. Da die Parteien bei der Genusobligation von der individuellen Bestimmung eines Leistungsgegenstandes abgesehen, denselben vielmehr nur nach Gattungsmerkmalen bezeichnet haben, so bleibt er innerhalb eines engeren oder weiteren Rahmens unbestimmt. Damit nun der Zweck der Obligation, die ordnungsgemässe Erfüllung, herbeigeführt werde, ist es notwendig, dass an die Stelle des unbestimmten ein bestimmter Leistungsgegenstand trete, und den Vorgang, durch den diese bei Begründung der Obligation noch nicht vorhandene Bestimmtheit erreicht wird, nennt man die Konzentration (Konkretisierung, Spezifikation) der Gattungsschuld, deren Voraussetzungen und Wirkungen hier näher untersucht werden sollen.

Grundsätzlich können nur Vorgänge, welche innerhalb der Sphäre der Gattungsschuld liegen, Konzentration hervorrufen, und hierzu gehören vornehmlich alle die Partei-

handlungen, welche dazu dienen, die Erfüllung der Obligation zu fördern.[1])

Fraglich könnte es erscheinen, ob nicht der Zufall, dessen Einwirkung sich keine Schuld entziehen kann, geeignet ist, Konzentration herbeizuführen, dadurch nämlich, dass die ganze Gattung bis auf eine einzige Sache unterginge und auf diese nun sich das Schuldverhältnis beschränke. Für den Fall der Alternativschuld ist diese Frage zu bejahen, es trägt also hier der Gläubiger die Gefahr der letzten Sache; bei der generischen Obligation dagegen bleibt auch das letzte Leistungsobjekt Gegenstand der Obligation als Ding gewisser Art,[2]) denn es steht begrifflich nichts im Wege, dass wieder neue Sachen der geschuldeten Art entstehen. Es bleibt also die Gefahr beim Schuldner. Da überdies § 243 Abs. 2 die Konzentration bewirkenden Vorgänge auf die Erfüllungshandlungen beschränkt, so erübrigt sich eine Untersuchung der Fragen, ob und inwieweit eine Vereinbarung der Parteien und die Prozesserhebung Einfluss auf die Konzentration haben können.

Die hohe Bedeutung der Konzentration liegt nun darin, dass mit ihrem Eintritt die Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht, und daraus ergiebt sich naturgemäss, von welch hervorragender Wichtigkeit die genaue Feststellung des Zeitpunktes der Konzentration für Gläubiger wie Schuldner ist.

Prinzipiell erfolgt die Konzentration durch Leistung. Es bedarf dies keiner weiteren Erörterung, da ja die Leistung das Ziel der Obligation ist.

Kann nun auch Konzentration stattfinden ohne wirklich vollzogene Leistung, und in welchem Zeitpunkte tritt hier die Konzentration ein?

---

[1]) vgl. Haver S. 37.

[2]) vgl. Windscheid S. 36.

§ 3.

Die gemeinrechtlichen Theorien.

Diese Frage war im gemeinen Rechte ausserordentlich umstritten, umsomehr, als in den römischen Quellen (l. 35 § 7 D. 18, 1; l. 5 D. 18, 6; l. 2 Cod. 4, 48) wegen der grossen Dürftigkeit bezüglich dieses Punktes wenig Aufschluss zu finden war. Die mehr oder weniger oberflächlichen Untersuchungen früherer Schriftsteller, wie Carpzow, Hommel, Strube, Glück und andere, kann man ausser Acht lassen. Die allgemeine Aufmerksamkeit wurde erst durch Thöl[1]) auf diesen Punkt gelenkt, indem er die frühere Litteratur einer eingehenden Prüfung unterzog. Seine Untersuchungen beziehen sich, ebenso wie die der ihm auf dieses Gebiet folgenden Schriftsteller, allerdings nur auf den Genuskauf, doch steht nichts im Wege, dieselben auf die Gattungsschuld schlechthin auszudehnen, da der Hauptzweck aller Theorien in der Beantwortung der Frage gipfelt: Wie wird aus der Genusschuld eine Speziesschuld? Die Antwort auf diese Frage entscheidet zugleich, von welchem Zeitpunkte an der Käufer die Gefahr des gekauften Gegenstandes trägt.[2]) Nach Thöls Ansicht findet der Gefahrübergang statt, sobald das quid, quale, quantum feststeht, und diese Konzentration lässt er eintreten mit der Ausscheidung. Einseitige Ausscheidung des Schuldners genüge jedoch nicht, es sei vielmehr erforderlich, „dass die ausgeschiedene species so genau angezeigt ist, dass der Beweis der Identität mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden kann."

Das einseitige Ausscheiden zusammen mit der nachfolgenden Anzeige dieses Vorganges an den Käufer nennt

---

[1]) vgl. Handelsrecht 1862 §§ 73 ff.

[2]) vgl. Regelsberger im Archiv für civ. Praxis II S. 195.

Thöl „zweiseitige Ausscheidung“. Er betont, dass im Falle „einseitiger“ Ausscheidung der Verkäufer die Ware ganz nach seinem Belieben einem Dritten liefern kann, also durch die Ausscheidung nicht gebunden ist. Hat denn nun die zweiseitige Ausscheidung diese Wirkung? Hat denn z. B. der Weinhändler, der die für Herrn A ausgeschiedenen 50 l. Niersteiner einem Herrn B sendet, obwohl schon die Anzeige der erfolgten Ausscheidung bei A eingetroffen ist, nicht erfüllt, wenn er nun noch andere der Bestellung entsprechende 50 l. dem A rechtzeitig liefert?[1])

Die Thöl'sche, oder, wie sie fortan meist genannt wurde, die Ausscheidungstheorie wurde bald zur herrschenden und zählte zu ihren Anhängern u. a. Mommsen,[2]) Puchta,[2]) Sintenis,[4]) Vangerow.[5])

Der Ausscheidungtheorie hat Jhering[6]) die Lieferungs- oder, wie Dernburg sie nennt, Erfüllungstheorie gegenüber gestellt. Die Unzulänglichkeit der Ausscheidungstheorie zeigt er daran, dass dieselbe keine Auskunft über die beiden so wichtigen Fragen giebt:

Wann und wie ist auszuscheiden?

Bezüglich der ersten Frage steht nur fest, dass die Ausscheidung vor der Leistung zu erfolgen hat. Aber wie lange vorher ist auszuscheiden? Eine Stunde, einen Tag, einen Monat vorher?

Wie ist auszuscheiden? Durch blosse Auswahl, durch Auswahl vor Zeugen, Übergabe an den Spediteur, oder wie sonst?

---

[1]) vgl. Berndorff a. a. O. § 10.
[2]) Unmöglichkeit der Leistung S. 340 ff.
[3]) Vorlesungen § 360.
[4]) Das praktische gemeine Civilrecht II § 116 Note 5.
[5]) Pandekten III S. 433 No. 3.
[6]) Jahrbücher für Dogmatik Bd. 4 S. 366 ff.

Des weiteren weist Jhering die Unhaltbarkeit der Ausscheidungstheorie an praktischen Beispielen nach. Könnte doch der Fleischer, der das für den Besteller ausgeschiedene Stück Braten unterwegs fallen und dasselbe sich von einem Hunde entführen lässt, trotz nicht erfolgter Ablieferung auf der Zahlung des Kaufpreises bestehen; ebenso der Wirt auf Bezahlung der Flasche Wein, mit der der Kellner auf dem Wege zum Gaste zu Fall gekommen ist!

So kommt Jhering zu dem Ergebnisse, dass nicht die Ausscheidung, sondern die Erfüllung entscheidend ist für den Übergang der Gefahr und damit für die Konzentration. Für ihn ist die Ausscheidung nur ein Mittel für die Erfüllung.[1])

Wann ist nun erfüllt? Sobald der Verkäufer alles getan hat, wozu er durch den Vertrag verpflichtet war, kurz, wenn er das Erforderliche getan hat. Worin dies Erforderliche besteht, lässt sich in abstracto nicht beantworten, vielmehr ist im konkreten Falle der Sinn des Vertrages hierfür massgebend.

Jhering fasst seine Theorie in folgende Worte zusammen:

„Beim Verkauf generisch bestimmter Sachen .... geht die Gefahr auf den Käufer erst mit der wirklich beschafften oder durch seine mora verhinderten Leistung über. Die Lieferung aber geschieht bei dem Verkäufer selbst (Holen), insofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist; die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich noch ausreichend."

Diese Theorie, die den Verkehrsanforderungen der Praxis wohl am meisten entspricht, ist jedoch nicht ohne Widerspruch geblieben, indessen nehmen die Verfechter anderer Meinungen eine zwischen Thöl und Jhering

[1]) Jhering a. a. O. S. 387.

vermittelnde Stellung ein, brauchen infolgedessen hier nur kurz Erwähnung zu finden.

Bekker[1]) erblickt zwar wie Jhering in der Leistung das entscheidende Moment für den Gefahrübergang, verlangt jedoch auch Individualisierung. Während nämlich Jhering es sehr wohl für möglich hält, dass der Verkäufer alles getan habe, was er auf Grund des Vertrages zu tun verpflichtet war, auch ohne Ausscheidung vorgenommen zu haben, ist Bekker der Meinung, solange nicht individualisiert sei, habe der Verkäufer eben nicht das Erforderliche getan.[2]) Seine Ansicht ist deshalb die Individualisierungstheorie genannt worden. Ihr ist jener berühmte Fall, dass jemand zwei Sendungen Kohlen an denselben Ort zu besorgen hatte, entgegenzuhalten.[3]) Hier nämlich war der Schuldner keineswegs verflichtet, die Kohlen für jeden Käufer getrennt zu verladen; er hatte dem Schiffer nur soviele Zentner zuzuwiegen, als beide Sendungen zusammen betrugen, da die getrennte Verladung wegen der höheren Kosten weder dem Interesse der Besteller entsprochen hätte, noch durch die Verkehrssitte diese Individualisierung der Sendung gefordert wurde.

Regelsberger[4]) endlich entfernt sich noch weiter von der Jhering'schen Theorie, indem er den Gefahrübergang beim Genuskauf von der Ausscheidung und der Absendung der Nachricht von diesem Akt an den Käufer abhängig macht. Damit nähert er sich sehr der Thöl-schen Ansicht, die, wie oben gezeigt, verlangte, dass die erfolgte Ausscheidung dem Käufer zur Kenntnis gekommen sei.

---

[1]) Jahrb. des gem. Rechts V S. 350 ff.

[2]) Bekker a. a. O. S. 389.

[3]) vgl. Jhering a. a. O. IV S. 367 ff. Durch diesen Fall wurde Jhering zu seinen späteren Untersuchungen über das vorliegende Rechtsgebiet veranlasst.

[4]) „Tragung der Gefahr beim Genuskauf", im Archiv für die civ. Praxis Bd. 49 No. 8.

§ 4.

Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen klassischen Streit endgültig dadurch entschieden, dass es im § 243 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt:

„Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen — d. h. einer Gattungssache von mittlerer Art und Güte — Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache.“ Damit ist die Lieferungstheorie Jherings zum Gesetz erhoben worden.

Sehen wir nun näher zu, wann die hier gegebenen Voraussetzungen der Konzentration vorliegen.

Wie bereits oben (S. 9) gesagt, ist selbstverständlich, dass Tradition stets Konzentration zur Folge hat. Wann kann nun vor der Tradition Konzentration eintreten? Der § 243 Abs. 2 verlangt ein Doppeltes:

1. Der Schuldner muss das zur Leistung einer solchen Sache;

2. er muss das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan haben.

Diese beiden Voraussetzungen sind des näheren zu untersuchen.

A. Voraussetzungen der Konzentration.

§ 5.

a) Leistungsgegenstand.

Bezüglich des Gegenstandes der Leistung wird also verlangt, dass die Sache der verabredeten Gattung angehöre

und dass sie ferner Mittelsorte dastelle,[1]) also weder zum Besten noch zum Schlechtesten ihrer Gattung gehöre. Mit letzterer Bestimmung hat das B.G.B. den Standpunkt des römischen und des gemeinen Rechtes verlassen, denn dort ist ausdrücklich anerkannt, dass auch der schlechteste Gegenstand einer Gattung geleistet werden darf, wofern er nur mangelfrei ist.[2]) Übrigens findet sich die Anschauung des B.G.B. in den meisten neueren Kodifikationen.[3]) Noch weiter ging der Schwabenspiegel (306), wo vom Verkäufer verlangt wurde, vom Besten zu leisten. Doch steht diese Bestimmung im deutschen Rechte einzig da.[4])

Der in der Praxis wohl nicht allzuhäufig eintretende Fall, dass der Schuldner eine bessere als „mittlere Art und Güte" geliefert hat, und die daran sich anknüpfende Frage, ob durch eine derartige Leistung erfüllt sei, ist meines Erachtens lediglich nach den im Verkehr herrschenden Regeln von Treu und Glauben (§§ 157, 242) zu entscheiden.

Planck[5]) hält es für selbstverständlich, dass der Schuldner auch Besseres als Mittelqualität liefern darf; Dernburg[6]) kommt auf Grund der Fassung des § 243 zum gegenteiligen Resultate.[7]) Nichterfüllung liegt u. a. dann vor, wenn der Gläubiger ein besonderes Interesse an der Leistung von Waren gerade mittlerer Güte hat, etwa weil diese im Verkauf gangbarer sind; es würde sonst die Verweigerung der Annahme als Chikane zu betrachten und gemäss § 226 der Gläubiger zur Annahme verpflichtet sein.

---

[1]) Die einzige Ausnahme macht § 2155, demzufolge bei Vermächtnissen eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten ist.

[2]) vgl. l. 72 § 5 D. de sol. 43, 3.

[3]) A.L.R. I 5 § 275; code civil Art. 1246; H.G.B. Art. 335 alter Fassung, § 360 neuer Fassung.

[4]) vgl. Haver a. a. O. § 17.

[5]) a. a. O. zu § 243.

[6]) Deutsch. bürgerl. Recht II S. 28.

[7]) Ähnlich Matthiass, Lehrb. des bürgerl. Rechts § 74 S. 307.

Zu den Erfordernissen, die bezüglich der zu leistenden Sachen zu stellen sind, gehört auch, dass letztere, falls ein bestimmtes Quantum geschuldet wird, der verabredeten Menge entsprechen. Teilleistungen (falls nicht vertraglich erlaubt) reichen zur Bewirkung der Konzentration nicht aus. Auch bezüglich des schon gelieferten Teiles ist Konzentration nicht eingetreten. Da die Leistung einer diesen Anforderungen nicht genügenden Sache nicht als Lieferung zu betrachten ist, so kann der Gläubiger eine andere vertragsmässige Sache, also Lieferung, verlangen.

§ 6.

b) Leistungstätigkeit.

Wann nun der Schuldner bezüglich seiner Leistungstätigkeit das Erforderliche getan hat, hängt von der Art des Schuldverhältnisses ab und lässt sich nur im konkreten Falle entscheiden. Ein allen Schuldverhältnissen gemeinsamer Gesichtspunkt ist zunächst der, dass zur richtigen Zeit und am richtigen Ort geleistet wird.

Bezüglich der Zeit gelten die allgemeinen Bestimmungen des § 271; demnach kann der Schuldner die Leistung sofort bewirken, wenn eine Zeit weder im Vertrage bestimmt ist, noch aus den Umständen sich entnehmen lässt. Ist dagegen ein Zeitpunkt bestimmt, so stellt eine eventuelle Versäumung desselben einen Mangel der Leistungstätigkeit dar, verhindert somit den Eintritt der Konzentration.[1]) Dem säumigen Schuldner gegenüber hat der Gläubiger gemäss § 326, falls die Erfüllung nicht mehr von Interesse für ihn ist, das Recht, vom Vertrage zurückzutreten; dasselbe Recht hat er beim Fixgeschäft ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung noch von Interesse für ihn ist oder nicht (§ 361).

[1]) vgl. auch §§ 193, 242 und H.G.B. § 361.

Bezüglich des Leistungsortes ist zu unterscheiden zwischen Hol-, Bring- und Schickschulden. Für die Hol- und Schickschulden gilt als Erfüllungsort der Wohnort des Schuldners; für die Bringschulden der des Gläubigers. Hier ist vor allen Dingen zu beachten, dass es weniger auf den im Vertrage gebrauchten Ausdruck als vielmehr auf die von den Parteien gewollte Wirkung und die Verkehrssitte ankommt. In der Verkehrssprache nämlich werden Bringen und Schicken oft miteinander verwechselt und in einer anderen Bedeutung gebraucht, als in der juristischen. Hat man beim Metzger oder Spezereihändler eine Bestellung gemacht und mit der Aufforderung geschlossen, der Verkäufer solle einem die betreffenden Sachen „zuschicken", so hat trotz des gebrauchten Ausdruckes der Schuldner zu bringen; denn bei derartigen Verpflichtungen des täglichen Kleinhandels entspricht es der Verkehrsanschauung, dass dem Gläubiger die Waren ins Haus gebracht werden.

Enthält der Vertrag keine Bestimmung über die Art der Leistung, so liegt nach § 269 — wenn auch aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich keinerlei Anhaltspunkte ergeben — eine Holschuld vor. Die Übergabe hat somit an dem Orte zu geschehen, wo der Schuldner seinen Wohnsitz, eventuell seine gewerbliche Niederlassung hat.[1]) In diesem Falle hat der Schuldner das Erforderliche getan, wenn er dem Gläubiger die ordnungsmässig ausgeschiedene Sache bei sich übergeben hat. Konzentration tritt daher hier in dem Momente der Tradition ein. Hat jedoch der Schuldner nach Begründung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz gewechselt, so hat der Gläubiger ein Recht darauf, dass die Übergabe an dem alten Wohnsitze erfolge,

---

[1]) „Wer sich darauf beruft, dass die Leistung an einem andern Orte zu erfolgen habe, muss beweisen, dass dies ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt sei." Planck zu § 269 Anm. 1.

falls nicht auf Treu und Glauben zu nehmende Rücksichten dem widersprechen.[1])

Die Verpflichtung des Schuldners kann zweitens dahin gehen, die zu leistende Sache dem Gläubiger zu überbringen. Nach § 270 Abs. 1 sind Geldschulden im Zweifel stets als Bringschulden zu betrachten. Werden andere Gattungssachen geschuldet, so liegt eine Bringschuld nur dann vor, wenn der Schuldner die Verpflichtung zu bringen übernommen hat. Hierzu bedarf es keiner wörtlichen Übereinkunft, sondern es genügt, wenn die Parteien darüber einig sind, dass der Schuldner zu bringen hat. Also auch hier ist die Wahl des gebrauchten Ausdrucks ohne Belang.[2]) Eventuell tritt an Stelle einer Verabredung der sich aus der Verkehrssitte ergebende Gebrauch, demzufolge bei den Geschäften des täglichen Lebens die Waren dem Käufer ins Haus zu bringen sind.[3]) Hier wird also der Schuldner erst frei, wenn er die Sache dem Gläubiger dorthin gebracht hat, wo dieser sich zur Empfangnahme aufhält, und erst damit hat er das Erforderliche getan, sodass Konzentration eintritt. Natürlich ist es nicht immer erforderlich, dass die zu liefernden Sachen dem Gläubiger persönlich übergeben werden, vielmehr wird der Schuldner in vielen Fällen das Gesinde des Gläubigers zur Empfangnahme für berechtigt halten oder sogar die mitgebrachten Sachen an dem für sie bestimmten Platze niederlegen dürfen, da andernfalls beide Teile vielen Belästigungen ausgesetzt sein würden. So wird z. B. der Milchlieferant die bestellte Milch der Küchenmagd oder der Köchin übergeben, und der Ziegelfabrikant seine Steine auf dem betreffenden Bauplatze abladen dürfen. In letzterem Falle ist die Übergabe mit dem Augenblicke als geschehen anzusehen, in dem

---

[1]) vgl. auch § 226.

[2]) Jhering Bd. IV S. 420.

[3]) vgl. vorige Seite.

das Abladen vollendet ist. Bis dahin trägt die Gefahr noch immer der Schuldner. Übergiebt der Schuldner, der sich im Hause des Gläubigers zwecks Überbringung eingefunden hat, die mitgebrachte Sache einer Person, die er irrtümlich als in den Diensten des Gläubigers stehend betrachtete, und wird die Sache unterschlagen, so trifft ihn der Schaden und der Eintritt der Konzentration wird dadurch verhindert.

Hol- und Bringschuld haben das Gemeinsame, dass bei ihnen erst mit erfolgter Leistung bezw. Übergabe die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine spezielle Sache eintritt. Es bleibt noch der Fall zu untersuchen, dass Konzentration stattfindet, ohne dass der Leistungsgegenstand dem Gläubiger übergeben ist. Dies ist der Fall bei der Schick- oder Sendschuld.

Wann hat hier der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan.

An sich besteht eine gesetzliche Übersendungspflicht des Schuldners nicht. Es müsste also eigentlich auch in diesem Falle der Gläubiger die geschuldete Sache beim Schuldner abholen. Geht nun letzterer auf das Verlangen des Gläubigers, zu übersenden, ein, so übernimmt er damit eine Nebenverpflichtung zu dem ursprünglichen Schuldverhältnisse[1]) und darf bezüglich der Gefahrtragung gewiss nicht schlechter gestellt sein, als wenn der Gläubiger — seiner eigentlichen Verpflichtung entsprechend — sich zu ihm begeben hätte, um die Sache in Empfang zu nehmen.

Daher bestimmt § 447 Abs. 1: „Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die gekaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über,[2]) sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst

---

[1]) Fischer-Henle zu § 447.

[2]) Es tritt also Konzentration ein.

zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat."

Diese Bestimmung bezieht sich dem Wortlaute nach zwar nur auf den Kauf, doch dürfte nichts im Wege stehen, sie unter Bezugnahme auf § 243 Abs. 2 auf die anderen Fälle der Gattungsschuld auszudehnen.[1])

Es hat sich nun eine Meinungsverschiedenheit ergeben darüber, ob in der Übergabe an den Spediteur u. s. w. Leistung zu erblicken sei oder nicht. M. E. sieht das B.G.B. in dieser Übergabe noch keine Erfüllung, sondern will durch § 447 nur einen Fall erwähnen, wo der Schuldner vor vollzogener Leistung bereits das Erforderliche getan hat. Die Motive[2]) bemerken hierzu folgendes: „Die Versuche, nachzuweisen, dass durch die Auslieferung der Sache an diese Person für sich allein immer dem Käufer tradiert, beruhen auf künstlichen, im praktischen Leben keineswegs begründeten Unterstellungen und haben im Entwurfe keinen Boden. Ebensowenig wäre die Behauptung haltbar, dass in allen Fällen, wo der Verkäufer eine Versendungspflicht übernommen, schon die Aufgabe behufs Versendung die Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers enthalte."

Anders war der Standpunkt des älteren Rechts.[3]) Hier wurde die durch Übergabe an die zum Transport bestimmte Person oder Anstalt erfolgte Konzentration erklärt durch den damit verknüpften Eigentumsübergang. Auf Grund einer fingierten Tradition konnte also hier Erfüllung angenommen werden, ohne dass der Gläubiger oder eine andere zur Annahme befugte Person die Sache in

---

[1]) vgl. Mot. II S. 327: „Die Bestimmung des Entwurfs gilt gleichermassen für den Spezieskauf wie für den Kauf von nur der Gattung nach bestimmten Sachen; in Rücksicht auf letztere wird die Bestimmung nur durch diejenige des § 214 ergänzt.

[2]) II S. 329.

[3]) vgl. A.L.R. I 11 §§ 128 ff.; Sächs. G.B. § 204; Österr. G.B. § 420.

Empfang genommen hatte. Für § 447 dagegen bedarf es zur Erklärung der Konzentrationswirkung und des Gefahrüberganges einer derartigen Annahme nicht.[1])

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn es sich darum handelt, festzustellen, wann die Absendung soweit fortgeschritten ist, dass sie Konkretisation bewirkt.

Auch hierfür lassen sich keine allgemein gültigen Grundsätze aufstellen. Nicht zu den vom Gesetze in § 447 Abs. 1 gemeinten Übermittelungspersonen gehört z. B. der Hausdiener, der die abzusendende Sache zur Post bringen soll. Hier beginnt die Konzentration bewirkende Absendung erst in dem Momente, wo die Sache den Händen des Postbeamten übergeben worden ist.

Muss dagegen die geschuldete Sache zur Bahn oder zur Schiffsstation per Achse befördert werden, so kann bis hierhin in der Beförderung eine Bringschuld vorliegen, so dass die eigentliche Absendung, das „Schicken", erst mit dem Augenblicke beginnt, wo die Waren in den zur Aufnahme bestimmten Räumlichkeiten der betreffenden Verkehrsanstalt niedergelegt oder der Obhut eines Angestellten anvertraut werden; es kann aber auch im ganzen eine Sendschuld vorliegen, sodass Konzentration eintritt, sobald die Sache „ins Rollen" gebracht wird, hier also dem mit der Beförderung zur Bahn u. s. w. betrauten Spediteur übergeben ist.

Cosack[2]) erwähnt eine interessante Kombination der Bring-, Send- und Holschuld: „Ein Fabrikant in der Nähe von Kannstadt verkauft eine Dreschmaschine an einen Gutsbesitzer von Hall mit der Klausel ‚ab Bahnhof Kannstadt, abzunehmen Bahnhof Hall".

---

[1]) vgl. Haver S. 63; Goldschmidt, Handbuch § 66 No. 43; a. M. Eck, Rechtslexikon Bd. 2 Gattungskauf No. 7.

[2]) I S. 411.

Jhering[1]) fasst die Beantwortung der Frage, wann bei der Sendschuld Konzentration eintrete, in die Worte: „Das Erforderliche ist geschehen durch Übergabe an die zum Transport bestimmte Person oder Anstalt," und auch das Gesetz spricht in § 447 von der „zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt".

Von Bedeutung erscheint mir hier die Interpretation des Ausdruckes „bestimmt", besonders für den Fall, wo der Schuldner die Versendung ganz oder zum Teil selbst ausführt bezw. von seinen Angestellten ausführen lässt. Meint der Paragraph § 447 mit diesem Ausdrucke nur die vom Gesetze[2]) anerkannten Beförderungseinrichtungen, oder überlässt er die Bestimmung der Übermittelungsperson dem Schuldner? Mir scheint die letztere Auffassung dem allgemeinen Geiste des B.G.B., das im Obligationenrecht allenthalben die Tendenz zeigt, den Dispositionen der Parteien nicht vorzugreifen, zu entsprechen.[3]) Berndorff[4]) meint, es handele sich in den Fällen, wo der Schuldner die Versendung selbst vornimmt, regelmässig um eine Bringschuld, die also nicht nach § 447 Abs. 1 zu behandeln wäre. Diese Annahme scheint mir grundlos zu sein; denn was sollte den Schuldner, dem eine Sendung obliegt, hindern, selbst den Transport vorzunehmen, zumal es doch durchaus nicht ausgeschlossen ist, dass er gewerbsmässig sich mit der Beförderung von Gütern befasst.[5]) Dadurch, dass er auf das Verlangen des Gläubigers, die Sache zuzusenden, eingegangen ist, ein Verlangen, das übrigens nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein braucht, da es im Handelsverkehr — besonders

[1]) a. a. O. S. 432.

[2]) H.G.B. §§ 407, 425.

[3]) Ebenso Haver S. 64; Oertmann zu § 447; Jhering a. a. O. S. 429 ff.

[4]) S. 81, 82.

[5]) Man denke nur an den Fall, dass Eisenbahn oder Post eine Gattungssache schulden.

im Grosshandel — bei Bestellungen von ausserhalb als stillschweigend vereinbart betrachtet werden kann,[1]) hat der Schuldner nur die Verpflichtung übernommen, für ordnungsmässige Übersendung der Sache Sorge zu tragen und dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Er haftet somit, wenn er die Ausführung der Beförderung seinen eigenen Leuten überträgt, da die Übersendung nicht zu seinen vertragsmässigen Pflichten gehört, nicht etwa nach § 278, sondern nur für culpa in eligendo als Geschäftsführer gemäss § 831.[2]) In diesem Falle, wo also der Schuldner sein eigener Frachtführer ist, muss man die Konzentration mit Cosack[3]) auf den Augenblick beziehen, wo er mit der Übersendung tatsächlich beginnt. Denn hierdurch tritt erst die Tatsache, dass er mit sich selbst paktiert hat, nach aussen hin in die Erscheinung. Hier ist also nicht die Übergabe an den im Geschäftsbetriebe des Schuldners hierfür angestellten Fuhrmann das Entscheidende, sondern der Moment, in dem sich der Fuhrmann mit den für den Gläubiger bestimmten Sachen auf den Weg macht.

Im Vorstehenden sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Schuldner dem Gläubiger die ihm geschuldete Sache übergiebt (oder, wie bei der Sendschuld, übergeben lässt) und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll (§ 929). Es sind daher hier noch kurz die Fälle zu berühren, in denen die Eigentumsübertragung in anderer als der angegebenen Weise erfolgt.

Ist der Gläubiger zwar Besitzer, aber noch nicht Eigentümer, so genügt zur Bewirkung der Konzentration nach § 929 Satz 2 die blosse Einigung darüber, dass Eigentum übergehen soll (brevi manu traditio).

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. II S. 249, 3; Cosack I S. 410.

[2]) vgl. Haver S. 64.

[3]) S. 412.

Ist ein Dritter im Besitze der dem Schuldner gehörigen Sache, so kann der Schuldner, der gerade diese Sache zur Leistung ausersehen hat, Konzentration herbeiführen, indem er den ihm gegen den Dritten zustehenden Anspruch auf Herausgabe an den Gläubiger abtritt;[1]) doch wird hier die Konzentration verhindert, wenn sich der Gläubiger mit der Cession nicht einverstanden erklärt.[2])

Ebenfalls durch Vertrag wird Konzentration bewirkt in dem Falle, dass die Tradition durch constitutum possessorium ersetzt wird; hier wird zwischen Gläubiger und Schuldner ein Rechtsverhältnis vereinbart, vermöge dessen der Gläubiger den mittelbaren Besitz erwirbt.[3])

§ 7.

Annahmeverzug.

Wie schon oben (S. 9) betont wurde, ist die vollendete Leistung die regelmässige, nicht aber die einzige Voraussetzung der Konzentration. Nicht immer nämlich ist der Schuldner in der Lage, alles zur Leistung Erforderliche ohne Mitwirkung des Gläubigers vorzunehmen. Wenn nun der Gläubiger diese Mithilfe versagt, etwa indem er sich weigert, die ordnungsmässig angebotene Sache anzunehmen, so ist es nicht mehr als billig, dass dem Schuldner die Gefahr des angebotenen Leistungsgegenstandes abgenommen und auf den in Annahmeverzug geratenen Gläubiger übertragen werde und dass sich von diesem Zeitpunkte an das Schuldverhältnis auf die angebotene Sache beschränke. Daher bestimmt § 300 Abs. 2:

---

[1]) vgl. § 931 (sog. Vindikationscession).

[2]) vgl. §§ 398 ff.

[3]) vgl. § 868.

„Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkte auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, dass er die angebotene Sache nicht annimmt."

In welcher Weise das Angebot im Einzelfalle zu erfolgen hat, bestimmt sich aus der Natur des Schuldverhältnisses.

Die durch den Annahmeverzug des Gläubigers bewirkte Konzentration kommt zunächst nur in Betracht für die Bring- und Holschuld, denn bei der Sendschuld tritt die Konkretisierung — wie schon oben (§ 6) ausgeführt, schon in einem früheren Zeitpunkte ein.

Damit der Gläubiger nun in Verzug komme, genügt die blosse Erklärung des Schuldners, er wolle die Leistung vornehmen, im allgemeinen nicht. Ausser der tatsächlichen Leistungsbereitschaft des Schuldners, „die zu einem wirksamen Anbieten immer und ausnahmslos erforderlich ist",[1]) bedarf es nämlich in der Regel auch des tatsächlichen Angebotes der Leistung,[2]) der sog. Realoblation.[3])

Es hat daher z. B. bei der Bringschuld der Schuldner das Erforderliche erst dann getan, wenn die ordnungsgemäss ausgeschiedene Sache dem Gläubiger zugegangen ist. Bei der Holschuld muss der Schuldner eine vertragsmässige Sache für den Gläubiger bereit halten, und die Beschränkung der Obligation auf diese Sache findet statt, wenn der Gläubiger sich nicht zur verabredeten Zeit beim Schuldner einfindet, um die für ihn ausgeschiedene Spezies in Empfang zu nehmen. In wenigen Fällen genügt jedoch auch die blosse mündlich angebotene Leistung.[4]) Planck[5])

[1]) Mot. II S. 69.

[2]) vgl. § 294.

[3]) vgl. Dernburg, B.G.B. II S. 165.

[4]) „Es wäre unpraktische Vergeudung von Zeit und Kraft, auch dann den Versuch tatsächlicher Erfüllung zu fordern, wenn er offenbar vergeblich wäre." Dernburg, B.G.B. II S. 165, II 2.

[5]) zu § 300.

meint zwar, „es könne zweifelhaft sein, ob unter der angebotenen Sache des § 300 Abs. 2 nicht ausschliesslich ein tatsächliches Angebot zu verstehen sei“, giebt jedoch die Möglichkeit einer analogen Ausdehnung des § 295, wonach das mündliche Angebot der Leistung unter gewissen Voraussetzungen hinreicht, den Gläubiger in mora accipiendi zu versetzen, auf den Fall der Gattungsschulden zu. Die Anwendbarkeit des § 295 auch für den im § 300 Abs. 2 herangezogenen Fall wird jedoch von den meisten Schriftstellern gar nicht in Zweifel gezogen.[1])

Auch zum wörtlichen Angebote indes verlangt § 295 ebenso wie § 300 eine individuell bestimmte Sache; denn nach § 294 muss die Leistung stets „so, wie sie zu bewirken ist,“ angeboten werden.[2])

Wann im einzelnen die Verbaloblation genügt, bestimmt § 295: „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.“

Der Wortlaut dieses § 295 lässt darauf schliessen, dass die eine Verbaloblation enthaltende Erklärung zu den empfangsbedürftigen Willenserklärungen gehört,[3]) Annahmeverzug also erst dann eintritt, wenn das Angebot dem Gläubiger zugeht (§ 130).

---

[1]) vgl. Dernburg, B.G.B. II S. 165; Schollmeyer zu § 243; Cosack I S. 348; Berndorff S. 38; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 37; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. I § 140, 2; Oertmann zu § 300.

[2]) vgl. Schollmeyer zu § 243; Dernburg II S. 167, 2. Anders Fischer-Henle § 300 Anm. 5.

[3]) vgl. Staudinger zu § 295; Schollmeyer zu § 295. A. M. Cosack S. 351.

Hat somit der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich erklärt, er werde die Leistung nicht annehmen, so tritt bei der Bringschuld Konzentration ein, wenn die Sache tatsächlich ausgeschieden und dem Gläubiger ein wörtliches Angebot zugegangen ist. Das gleiche findet bei der Holschuld statt, hier genügt es jedoch schon, wenn der Schuldner die Sache ausgeschieden und dem Gläubiger wörtlich angeboten hat, denn hier ist zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers nötig, das Holen nämlich.

Ebenso ist der nach § 298 begründete Verzug des Gläubigers zu behandeln (der Fall, dass der Gläubiger zwar annahmebereit ist, aber die Leistung, gegen die der Schuldner zu leisten verpflichtet ist, nicht anbietet).[1])

Weiteres Angebot seitens des Schuldners genügt endlich auch dann, wenn der Gläubiger mit der Vornahme einer Handlung anderer Art in Verzug gerät und diese der Leistung vorangehen muss, z. B. wenn ihm die Spezifikation der Form des Schuldgegenstandes obliegt (beim Spezifikationskauf). Das Angebot allein kann hier jedoch noch keine Konzentration im Gefolge haben; denn ausser der individuellen Bestimmung des Leistungsgegenstandes fehlt hier auch noch die Entscheidung darüber, welcher besonderen Art der Gattung die zu leistende Sache angehören solle. Die Wahl dieser Art steht hier eben dem säumigen Gläubiger zu. Von einer Bestimmung der „Leistung nach billigem Ermessen", wie sie im § 315 Abs. 1, oder „durch Urteil", wie sie im Abs. 3 desselben Paragraphen vorgesehen wird, kann hier wohl kaum die Rede sein. Dagegen scheint mir für den Eintritt der Konzentration der § 264 Abs. 2 entscheidend zu sein. „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme

[1]) vgl. Windscheid S. 37, 3b.

der Wahl auffordern. Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.“[1])

Weder tatsächliches noch wörtliches Angebot ist endlich erforderlich, falls für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, und der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt. „Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt“ (§ 296). Hier hat der Schuldner das Erforderliche getan, und es tritt Konzentration ein, wenn er nach Ablauf der Frist eine der gewünschten Gattung angehörige Sache mittlerer Art und Güte für den Gläubiger ausscheidet und ausgeschieden hält.[2]) Planck[3]) verlangt dagegen auch hier für den Gefahrübergang Angebot einer individuell bestimmten Sache.[4])

§ 8.

Hinterlegung.

Noch ein letzter Fall ist denkbar, wo der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan haben kann ohne wirklich vollzogene Leistung, dann nämlich, wenn unter den Voraussetzungen des § 372 Satz 2 der Schuldner von dem ihm durch § 372 gegebenen Hinter-

[1]) Für den Fall des Handelskaufes s. § 375 H.G.B.

[2]) vgl. Skolny u. Caro, Erläuterungen zum B.G.B. 1900 S. 344; ebenso Oertmann zu § 300 und Dernburg, B.G.B. II S. 167.

[3]) ähnlich Schollmeyer zu § 300 Abs. 2; Windscheid S. 37.

[4]) Will man sich nicht dazu entschliessen, diesen ohne Angebot eingetretenen Verzug für den Gefahrübergang bestimmend sein zu lassen, so kann man dem Schuldner vielleicht durch die Hinterlegungsmöglichkeit des § 372 Satz 1 helfen (vgl. darüber folgenden Abschnitt).

legungsrechte Gebrauch macht und dabei auf das ihm nach § 376 zustehende Recht der Rücknahme verzichtet. Infolge des Verzichtes wird der Schuldner durch die Hinterlegung in gleicher Weise frei, „wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte" (§ 378). Gehören die geschuldeten Sachen zu den im § 372 aufgezählten hinterlegbaren Gegenständen, so steht das Recht des Schuldners, dieselben zu hinterlegen, ausser Frage; handelt es sich dagegen um nicht hinterlegungsfähige Sachen, so hat der Schuldner das Recht, dieselben versteigern zu lassen und den Erlös zu hinterlegen — jedoch nur dann, „wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismässigen Kosten verbunden ist." § 383 Abs. 1.

Für die weiteren Verpflichtungen des Schuldners sind die §§ 383—385 massgebend.

§ 9.

Ergebnis.

Die im Vorstehenden näher erörterten Möglichkeiten der Konzentration — wirklich vollzogene Leistung sowie deren Ersatzmittel, Übergabe an den Spediteur oder Frachtführer, die durch mora accipiendi des Gläubigers verhinderte Leistung — und die Hinterlegung bilden die einzigen Voraussetzungen für die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Wo diese Beschränkung in anderer Weise herbeigeführt wird — etwa durch nachträgliche Bestimmung seitens der Parteien oder durch Prozesserhebung —, „handelt es sich nicht um Vorgänge, die sich innerhalb des Rahmens der Gattungsschuld abspielen",[1]) und daher sind diese von unserer Behandlung ausgeschlossen.

[1]) vgl. Haver S. 67.

B. Wirkungen der Konzentration.

§ 10.

a) Auf den Gefahrübergang.

Schon zu Beginn dieser Abhandlung ist darauf hingewiesen worden, dass die Frage nach dem Zeitpunkte und den sonstigen Voraussetzungen der Konzentration von höchster Wichtigkeit für das moderne Verkehrsleben ist. Es sei nun im folgenden untersucht, wodurch, d. h. auf Grund welcher Wirkungen, die Konkretisation diese Bedeutung erhält.

Bereits bei der Betrachtung der Voraussetzungen der Konzentration liess es sich nicht vermeiden, die Frage nach dem Gefahrübergange mit in den Kreis der Erörterungen zu ziehen, und zwar deshalb, weil eben mit dem Eintritt der Konzentration die Gefahr der Leistungssache vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht. Damit haben wir auch bereits die vornehmste Wirkung der Konzentration festgestellt.

Was heisst nun „die Gefahr geht über“ oder „Konzentration und Gefahrübergang sind notwendige Korrelate“,[1]) oder wie man sonst diese Hauptwirkung der Konzentration ausdrücken mag? Zur Klarstellung scheint es mir am besten zu sein, wenn man die Rechtsstellung der Parteien *vor* Eintritt der Konzentration vergleicht mit dem Rechtsverhältnis, wie es sich *nach* deren Eintritt darstellt. Solange die Voraussetzungen der Konzentration noch nicht erfüllt sind, ist Gegenstand der Obligation ein bislang nur generell bestimmter Gegenstand,[2]) nicht etwa die ganze

[1]) Prot. I S. 287/288.

[2]) vgl. den Wortlaut der §§ 243, 279.

Gattung, „die als solche niemals Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sein kann“.[1])

Der Schuldner bleibt somit zur Leistung verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob die dem Genus angehörige Spezies, die er etwa zur Leistung ausersehen hatte, zufällig untergeht; denn er kann ja noch immer jede beliebige andere Sache leisten, wofern sie nur die verlangten Gattungsmerkmale aufweist. Von seiner Leistungspflicht wird er erst dann befreit, wenn keine Leistung aus der Gattung mehr möglich ist (§ 279), also in dem äusserst seltenen Falle, dass die ganze Gattung untergegangen ist, z. B. wenn es sich um Staatsschuldscheine eines Anlehens handelt, welches zurückgezahlt worden ist.[2]) Diese Haftung des Schuldners für die ganze Gattung haben die Glossatoren in dem Satz ausgedrückt: „genus perire non consetur.“ Hat sich nun aber infolge eines der unter A erläuterten Vorgänge das Schuldverhältnis auf eine bestimmte Sache beschränkt, so darf dasselbe nicht anders behandelt werden, als wenn von vornherein eine Speziesschuld vorgelegen hätte.[3]) Tritt also ohne Zutun und Wollen der Parteien nunmehr ein Umstand ein, der den Untergang oder eine Verschlechterung der betreffenden Sache herbeiführt, so trifft der daraus erwachsende Schaden den Gläubiger, m. a. W. der Gläubiger trägt vom Eintritt der Konzentration an die Gefahr der Sache. Dies hat zur Folge, dass bei einseitig verpflichtenden Verträgen der Schuldner, falls die Sache, auf die sich das Schuldverhältnis beschränkt hat,

---

[1]) vgl. v. Savigny, Obl.R. I § 39; a. M. Jhering a. a. O. IV S. 384; Dernburg, Pand. II S. 71.

[2]) Dernburg, B.G.B II S. 31.

[3]) Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur für den im besonderen Teile der Arbeit zu erörternden Falle zu machen, dass der Gläubiger, dem eine mangelhafte Sache geliefert worden ist, das Recht hat, eine neue Sache zu fordern (vgl. §§ 480, 356, 524, 651, 2183).

durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand untergeht, seiner Leistungspflicht enthoben ist. Bei zweiseitigen Schuldverhältnissen hat der Schuldner im Falle des zufälligen Unterganges sogar ein Recht auf die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung. Die Bestimmung des § 233 findet hier keine Anwendung, da durch die Konzentration die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist.[1]) Ist die Konzentration durch Annahmeverzug des Gläubigers herbeigeführt worden, so ist der Schuldner noch nicht befreit, sondern verpflichtet zu leisten, wenn der Gläubiger sich später zur Annahme bereit erklärt.[2]) Es ist also dem Schuldner nicht, wie nach altem Recht, gestattet, sich der Sache schlechthin zu entledigen (so durfte im alten Rom der Schuldner, wenn der Gläubiger das angebotene Quantum Wein nicht annahm, das Fass anschlagen und den Wein auf die Strasse laufen lassen), er muss vielmehr die Sache entweder selbst verwahren und hat dann gemäss § 300 Abs. 1 Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, oder er kann jede Haftung von sich abwälzen, indem er zum Selbsthilfeverkauf schreitet oder die Sache den gesetzlichen Vorschriften der §§ 372—386 gemäss hinterlegt.[3])

§ 11.

b) Auf das ius variandi.

Die Frage, ob dem Gläubiger oder dem Schuldner noch nach Eintritt der Konzentration ein ius variandi zustehe, kann natürlich nur in den Fällen praktisch werden, wo die Konkretisierung der Übergabe der Sache an den

[1]) Planck zu § 243.

[2]) Planck zu § 243.

[3]) vgl. Kohler in Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 398 ff.

Gläubiger vorangeht; denn durch die Tradition ist das Schuldverhältnis erfüllt und somit erloschen.

So wenig der Schuldner verpflichtet ist, eine andere Sache zu leisten, nachdem sich einmal das Schuldverhältnis auf eine bestimmte Sache beschränkt hat, so wenig ist er auch dazu berechtigt; denn der Gefahrübernahme durch den Gläubiger entspricht auch dessen Recht auf Lieferung gerade der Sache, auf die sich die Obligation konzentriert hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Sache nach der Konzentration an Wert gewinnt oder verliert. Dies ist die natürliche Folge von § 243 Abs. 2; gleichwohl erhob man in der II. Kommission Einspruch gegen diese Folgerung, da es im Widerspruch mit den Verkehrsbedürfnissen stände, dem Gläubiger das Recht zu gewähren, „eine rechtzeitig angebotene Sache von gehöriger Beschaffenheit aus dem Grunde zurückzuweisen, weil sie nicht diejenige sei, deren Gefahr er zu tragen angefangen habe“.[1]) Es wurde deshalb der Antrag gestellt, an Stelle des § 214[2]) die Vorschrift aufzunehmen: „Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu leisten, so geht, wenn die zu leistende Sache auf Verlangen des Gläubigers an einen anderen Ort als den Leistungsort versendet wird, mit der Auslieferung der Sache an den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung des Transports bestimmte Person oder Anstalt die Gefahr auf den Gläubiger über.“[3]) Jedoch wurde dieser Antrag, der eine Verallgemeinerung des § 447 Abs. 1 enthielt, abgelehnt, da es nicht angängig erschien, den Gefahrübergang der Konzentration zeitlich vorangehen zu lassen.

Somit spricht also das B.G.B. dem Gläubiger wie dem Schuldner ein ius variandi ab. Dieser Grundsatz ist be-

---

[1]) Prot. I S. 289.

[2]) Nach dem Gesetzbuche § 243.

[3]) Prot. a. a. O. S. 286.

züglich der Sendschuld fast einhellig anerkannt.[1]) Dagegen will Bekker[2]) dem Schuldner ein alleiniges Verfügungsrecht über die geschuldete Sache belassen.

Ähnlich wie Bekker giebt auch Cosack[3]) dem Schuldner das Recht, über die abgesandte Sache zu verfügen, solange dem Gläubiger die Absendung noch nicht mitgeteilt sei. Er erwähnt folgenden Fall: „A hat bei B ein preussisches Lotterielos bestellt; B soll das Los dem A zusenden. Das Wahlrecht B.'s wird ausgeübt, sobald B das Los an A absendet; B kann aber die Wahl widerrufen, bis entweder das Los selbst oder die Anzeige, dass das Los abgesendet ist, bei A ankommt." M. E. ist diese Ansicht irrig; denn sobald B das Los an A absendet, hat er das zur Leistung Erforderliche getan: nach dem Wortlaut des Gesetzbuches aber beschränkt sich von diesem Momente an das Schuldverhältnis auf dieses Los.[4])

Die Protokolle[5]) bemerken hierzu: „Die Billigkeit und die Anforderungen des Verkehrs erheischen, dass der Gläubiger in die Lage versetzt werde, von dem Augenblicke des Überganges der Gefahr an über die nunmehr individuell bestimmte Sache bereits vor der Übergabe, z. B. durch Weiterveräusserung zu verfügen."

Gilt dieser Grundsatz nun auch in dem Falle, dass sich infolge Annahmeverzuges des Gläubigers das Schuldverhältnis auf eine bestimmte Sache beschränkt hat?

Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, da ja der Gläubiger, wie oben (S. 32) erwähnt, den Annahmeverzug zu jeder Zeit beendigen und Leistung verlangen kann.

---

[1]) vgl. Dernburg, B.G.B. II S. 30; Heilfron II S. 19; Planck zu § 243; Oertmann zu § 243; Skolny u. Caro S. 273; Flatan S. 73; Haver S. 36; Berndorff S. 39 u. a. m.

[2]) Jahrb. d. gem. R. Bd. V S. 385.

[3]) I S. 296.

[4]) vgl. Berndorff S. 40.

[5]) I S. 288.

Welche Härten für den Schuldner aber die strenge Durchführung dieses Satzes unter Umständen zur Folge haben kann, zeigt sich bei den vertretbaren Sachen, namentlich bei Geldschulden. Wäre doch der Schuldner, der dem Gläubiger zur Begleichung seiner Schuld 5 Zwanzigmarkstücke angeboten hat, beim Annahmeverzug des Gläubigers verpflichtet, gerade diese 5 Geldstücke, auf die sich nunmehr das Schuldverhältnis beschränkt hat, getrennt aufzubewahren und zur späteren Lieferung bereitzuhalten.

Zunächst kann sich der Schuldner gegen derartige „absurde Konsequenzen", wie Laband[1]) sie nennt, durch die Mittel schützen, die das Gesetz bei jeder Speziesschuld im Falle des Gläubigerverzuges dem Schuldner an die Hand giebt, indem er nämlich die individualisierten Sachen für den Gläubiger hinterlegt oder zum Selbsthilfeverkauf schreitet oder bei Grundstücken den Besitz aufgiebt.[2]) Ferner aber wird man ohnehin dem Schuldner unter Umständen das Recht einräumen müssen, sich von seiner Verpflichtung durch Leistung einer anderen Sache der geschuldeten Gattung zu befreien, falls nämlich die Geltendmachung des Rechtes auf die zuerst zurückgewiesene Sache von seiten des Gläubigers gegen Treu und Glauben verstossen würde.[3])

Auch die Protokolle bemerken in richtiger Empfindung[4]): „In solchen Fällen, in welchen der Gläubiger gar kein Interesse daran habe, gerade die durch die Ausscheidung individuell bestimmte Sache zu erhalten, könne der Schuldner der unbegründeten Weigerung des Gläubigers, eine andere Sache der gleichen Art und Güte als Erfüllung anzunehmen,

---

[1]) im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 173 S. 180.

[2]) §§ 372—385.

[3]) § 157; vgl. Planck zu § 243; Dernburg, B.G.B. II S. 30; Berndorff S. 41; Heilfron II S. 19; vgl. ausserdem § 226.

[4]) Prot. I S. 288.

unter Berufung auf § 359 mit einer exceptio doli entgegentreten, auch könne die Annahmeverweigerung des Gläubigers unter Umständen die Bedeutung eines Verzichts auf die zu seinen Gunsten eingetretene Konkretisierung haben."

II. Besonderer Teil.

§ 12.

Besonderheiten der Konzentration bei einzelnen Schuldverhältnissen.

Nachdem im Vorstehenden für die Gattungsschuld im allgemeinen erörtert worden ist, unter welchen Bedingungen sich ihre Konzentration vollzieht und welche Wirkungen sich an diesen Vorgang knüpfen, soll im Folgenden kurz untersucht werden, ob und welche Besonderheiten sich für die Konzentration bei einzelnen Fällen der Gattungsschuld ergeben.

Bei allen obligatorischen Verhältnissen, die eine Gattungsschuld zulassen, muss man bei der Frage nach dem Eintritt der Konzentration zusehen, ob eine Hol-, Bring- oder Sendschuld vorliegt. Dies ergiebt sich aus der Natur des Vertrages oder aus gesetzlichen Bestimmungen. Holschulden sind z. B. Schenkung, Depositum, Vermächtnis; zu den Bringschulden gehört in erster Linie das Darlehen. Wann im übrigen der Schuldner das Erforderliche getan hat, ist nach den in Teil I erörterten Bestimmungen zu beurteilen, es würde zu weit führen, diese Frage hier bei jedem einzelnen Schuldverhältnisse aufzurollen.

Der in der Praxis am häufigsten vorkommende Fall der Gattungsschuld ist zweifellos der Gattungskauf. Seine Behandlung hat daher von jeher im Vordergrunde des Inter-

esses gestanden, und weil die meisten der für die Konzentration und den Gefahrübergang beim Genuskaufe sich ergebenden Regeln ihre Gültigkeit für alle Fälle der Gattungschuld behalten, so konnte die Erörterung dieser Regeln bereits im allgemeinen Teile stattfinden.[1])

Dem Gattungskauf eigentümlich sind jedoch die Folgen der Lieferung einer in dieser oder jener Hinsicht mangelhaften Sache für die Konzentration. Wie dort[2]) schon angedeutet wurde, hat der Gläubiger das Recht, falls ihm eine vertragswidrige Sache, also ein Gegenstand, der entweder nicht der verlangten Gattung angehört oder nicht von mittlerer Art und Güte ist, geliefert wird, die Annahme der angebotenen Sache abzulehnen und statt dieser eine neue Sache, also Lieferung, zu verlangen. Dies ist die natürliche Folge von § 243 Abs. 2; denn durch Lieferung einer nicht vertragsmässigen Sache hat eben der Schuldner nicht das Erforderliche getan, es kommt daher auch keine Konzentration zustande.

Nimmt dagegen der Gläubiger die Sache an, trotzdem sie nicht der verlangten Gattung angehört, sondern ein aliud darstellt, so beschränkt sich mit dem Zeitpunkte der Annahme das Schuldverhältnis auf die gelieferte Sache. Das Angebot der vertragswidrigen Sache ist natürlich nicht Erfüllung der ihm obliegenden Obligation, es könnte sich eher als neue Offerte darstellen, und die Annahme dieser Offerte liegt dann darin, dass der Gläubiger die vertragswidrige Sache nicht zurückweist. Es ist aber der Fall denkbar, dass die gelieferte Sache zwar vertragsmässig, aber nicht mangelfrei ist. Hier hat durch Lieferung einer derartigen Sache der Schuldner bezüglich des Leistungsgegenstandes das Erforderliche im Sinne von § 243 Abs. 2 getan,[3]) so dass, wenn die sonstigen Voraussetzungen der

[1]) vgl. S. 10 ff.

[2]) vgl. § 5 dieser Abhandlung.

[3]) vgl. Laband a. a. O. S. 177.

Konzentration vorliegen, sich das Schuldverhältnis auf die mangelhafte Sache beschränkt. Dem Gläubiger steht wegen der Mängel nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu.

Anders beim Gattungskauf! Bei jedem Kaufe hat der Käufer nach § 462 das Recht, falls ihm eine mangelhafte Sache geliefert wird, Wandelung oder Minderung vom Verkäufer zu fordern. Im gemeinen Rechte nun war es äusserst streitig, ob beim Gattungskauf dem Käufer neben diesen ädilitischen Rechtsmitteln auch die Klage auf Lieferung einer mangelfreien Sache zustände. Diese Streitfrage hat das B.G.B. durch § 480 Abs. 1 in bejahendem Sinne entschieden. Unter Umständen hat der Käufer sogar noch einen Schadensersatzanspruch; § 480 Abs. 2 bestimmt nämlich: Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft, oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Wird nun dem Käufer eine mangelhafte Sache übergeben und nimmt er dieselbe trotz Kenntnis der Mängel an, ohne sich die ihm nach § 480 zustehenden Rechte vorzubehalten, so verliert er dieselben gemäss § 464; es tritt also in dem Momente der Annahme Konzentration ein. Kennt er jedoch den Mangel nicht, so kann man von einer resolutiv bedingten Konzentration sprechen, deren Bestehen davon abhängt, dass der Käufer, der die ihm später zur Kenntnis gekommenen Mängel innerhalb der gesetzlichen Frist [1]) mit Erfolg rügt, sich nicht für die Lieferung einer neuen Sache entscheidet, sondern Wandelung oder Minderung fordert. Ähnlich verhält es sich mit dem Eintritt der Konzentration, wenn die

[1]) vgl. §§ 477, 478.

mangelhafte Ware dem Käufer durch den Spediteur oder Frachtführer übersandt wird. Auch hier hängt das Fortbestehen der im Augenblicke der Übergabe an den Frachtführer[1]) eingetretenen Konzentration davon ab, dass der Käufer, falls ihm die Mängel bekannt sind, die Ware unbeanstandet annimmt; falls sie ihm nicht bekannt sind oder wenn er sich bei der Annahme seine Rechte vorbehält, so kann er durch Erhebung des Anspruches auf Lieferung einer mangelfreien Sache die bereits eingetretene Konzentration wieder aufheben. Bis zum Ablauf der Verjährung der dem Käufer zustehenden Rechte ist dem Verkäufer das Verfügungsrecht über die gelieferten Sachen genommen; ein Recht auf Nachlieferung besitzt er nicht.[2])[3])

Ähnliche Modifikationen der Konzentration greifen bei allen anderen Schuldverhältnissen Platz, bei denen dem Schuldner dieselbe Haftung für Mängel der Sache obliegt wie beim Kauf,[4]) z. B. bei der Hingabe an Erfüllungsstatt[5]) sowie bei allen auf Umsatz gerichteten Verträgen, wie Tausch[6]) und Werklieferungsvertrag.[7]) Bezüglich des letzteren meint Planck[8]) und ebenso Cosack,[9]) der Gläubiger habe kein Recht auf Nachlieferung. Doch scheint mir diese Meinung nicht begründet, da das Gesetz im § 651 für den Werklieferungsvertrag überhaupt die Vorschriften vom Kaufe Anwendung finden lässt und für den Vertrag

---

[1]) vgl. § 447 und S. 19 ff. dieser Abhandlung.

[2]) vgl. Haver S. 106.

[3]) Nicht in Frage kommt natürlich bei der Gattungsschuld der Fall, dass Mängel der Sache dem Käufer bereits bei Abschluss des Kaufes bekannt waren, wodurch ja der Verkäufer gemäss § 460 von jeder Haftung befreit würde; vgl. Windscheid S. 664.

[4]) vgl. § 493.

[5]) vgl. § 356.

[6]) § 515.

[7]) § 651.

[8]) zu § 651.

[9]) S. 531.

über nicht vertretbare Sachen eine Reihe der für den Kauf geltenden Bestimmungen durch entsprechende des Werkvertrages ersetzt; § 480 jedoch, der gerade dem Gläubiger das Recht auf eine neue Sache giebt, gehört nicht zu den ausgeschlossenen Paragraphen. Im übrigen tritt beim Werkvertrage die Konzentration im Momente der Abnahme ein; unter der Abnahme möchte ich mit Fischer-Henle[1]) die körperliche „Annahme als Erfüllung" verstehen.[2]) Besonders hervorgehoben sei die Verpflichtung des Schuldners, auf Verlangen des Gläubigers eine mangelfreie Sache nachzuliefern, bei dem Schenkungsversprechen einer nur der Gattung nach bestimmten Sache[3]) und beim Gattungsvermächtnisse.[4]) Bei der Schenkung hat jedoch der Schenkungsberechtigte nur dann einen Anspruch auf Nachlieferung, wenn der Schenker die zu leistende Sache erwerben soll.[5])

Gehörte dagegen die zu leistende Sache bereits seinem Vermögen an, so haftet er nur für Arglist; hat er also dolos einen Mangel der Sache verschwiegen, so hat er nicht das Erforderliche getan.

Zum Schlusse sei noch auf eine Besonderheit der Konzentration beim Gattungsvermächtnisse hingewiesen Während nämlich § 243 Abs. 1 die Lieferung einer Sache „mittlerer Art und Güte" für alle Fälle verlangt, in denen nur der Gattung nach bestimmte Sachen geschuldet werden, durchbricht § 2155 Abs. 1 dieses Prinzip dadurch, dass bei Vermächtnissen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, die Leistung einer „den Verhältnissen des Bedachten entsprechenden Sache" gefordert wird. Da es dem Vermächtnis-

---

[1]) zu § 640.

[2]) Gleicher Ansicht Planck zu § 640; Endemann S. 791; a. M. Cosack S. 528, der Abnahme für korrespondierend mit Ablieferung hält.

[3]) § 524.

[4]) § 2183.

[5]) vgl. § 524 Abs. 2.

geber u. a. ausserordentlich schwer fallen dürfte, dieser Bestimmung zu entsprechen, falls z. B. die Verhältnisse des Vermächtnisnehmers keinerlei Anhaltspunkte bieten, so wird man wohl mit Fischer-Henle[1]) annehmen dürfen, dass der Schuldner unter diesen Umständen das Erforderliche durch Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte getan habe, so dass also hier subsidiär die allgemeine Bestimmung von § 243 Abs. 1 Anwendung findet.

---

[1]) zu § 2155.